



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Ravelli

Våldtäkt bortom (o)rimligt tvivel?

- en progressiv undersökning av bevisproblematiken i våldtäktsmål kontra en potentiell samtyckesreglering

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
1 INLEDNING	5
1.1 Allmänt	5
1.2 Uppsatsens övergripande syfte	5
1.3 Frågeställning	5
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Perspektiv och metod	6
1.6 Forskningsläge	6
1.7 Material	7
1.8 Uppsatsens disposition	7
2 BEVISVÄRDERING I VÅLDTÄKTSMÅL	9
3 GÄLLANDE RÄTT	12
3.1 En tvångsreglering	12
3.1.1 Gärningsrekvisit	12
3.1.2 Skuldrekvisit	13
3.2 Praxisgenomgång	15
3.3 Diskussionen i doktrin	19
4 EN SAMTYCKESREGLERING	24
4.1 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten	24
4.1.1 Frivillighetsrekvisitet	25
4.1.2 Omständigheter som underkänner frivillighet	26
4.1.2.1 Våld och tvång	26
4.1.2.2 Särskilt utsatt situation	27
4.1.3 Fokus på den tilltalade i processen	27
4.1.4 Ett culpöst våldtäktsbrott	28
5 ANALYS OCH SLUTSATSER	30
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33

Summary

The purpose of this essay is to shed light on the problems of proving a perpetrator guilty in rape-cases and to examine certain consequences of a future regulation based on consent. Using a traditional judicial method I have sought to answer the question of how a law of consent would affect the difficulties regarding the, from an evidential point of view, challenging position in cases concerning rape.

Today rape is regulated in 6 chapter 1 § in the criminal code and the crime constitutes when somebody forces another person to intercourse or other sexual act using violence or threat or in other way exploits another person who is in a vulnerable position. The challenge in proving a rapist guilty lies partly within the lack of objective proof since in most rape-cases there is only the perpetrator and the victim present when the alleged crime is committed. For this reason the members of the Court are limited to an assessment based solely on credibility and reliability of the testimonies of the two parties.

The members of the supreme court have gone from a perpetrator-friendly attitude where they have deduced themselves with the perpetrators argument of consent – to an assessment based on the woman's right to her own body. Despite the modern features of the grounds for decision the trials often reach a clearing verdict. Even though the court objectively have identified the acts of the perpetrator as fulfilling the necessary prerequisite, the court often come to the conclusion that there is a lack of subjective requisites. A shortcoming caused by the prosecutor failing to prove criminal intent regarding that the sexual act is caused by threat or violence.

In an attempt to enlance acts of penal value that are not covered by todays regulation a criminalization of all sexual acts that is performed in lack of free will is suggested in the committee report, *A higher level of protection*

for the sexual integrity. The committee also suggests that the free will needs to be expressed. Violence, compulsion and exploiting of a vulnerable position are kept as elements that indicate that the crime has been committed, not as requirements to reach conviction. In addition the committee suggests an insertion of responsibility for negligence. In the cases where the perpetrator has acted in great carelessness concerning the victim's will to participate he or she should be held criminally responsible.

In summary the (suggested) Swedish regulation based on consent is expected to expand the possibilities of reaching a conviction in cases where a lack of intention has been an issue. The fact that every person that wants to participate in a sexual act has to express this to be able to engage in such activities (without criminal offence) will presumably eliminate some of the evidential problems in rape-cases not to mention the amount of rapes being prevented. Since there must be an expression of will the perpetrator is encouraged to at a sexual encounter ask the question and at the trial answer the question as to if the victim, apart from threats and violence, really wanted to take part in the act.

Sammanfattning

Det övergripande syftet med uppsatsen är att belysa bevisproblematiken i våldtäktsmål och undersöka vissa konsekvenser av en potentiell samtyckesreglering i svensk rätt. Med traditionell rättsdogmatisk metod söker jag ge svar på hur en samtyckesreglering skulle kunna antas påverka det svåra bevisläget i våldtäktsmål.

Idag regleras våldtäkt i 6 kap 1 § brottsbalken och brottet består i att någon med hot eller våld tvingar någon till samlag eller därmed jämförlig handling. Detsamma gäller då någon otillbörligt utnyttjar en person som befinner sig i särskilt utsatt situation. Det svåra bevisläget i våldtäktsmål beror delvis på att det saknas objektiv bevisning då det enligt normen endast är gärningsmannen och offret som är närvarande vid tidpunkten för övergreppet. På grund av detta är bedömningen i våldtäktsmål begränsad till en ren trovärdighets- och tillförlitlighetsbedömning av parternas utsagor.

Högsta domstolens bedömning av brottet har växlat från att sluta sig till gärningsmäns invändningar om samtycke och en ”ger man sig in i leken får man leken tåla”-attityd till en bedömning baserad på huruvida en kränkning av den sexuella integriteten förekommit i målet. Trots att domskälen under senare år präglas av en modern syn på kvinnans sexualitet resulterar de likväl i friande domar. På grund av att lagrummets utformning kräver uppsåt till rekvisitet tvång föreligger ofta, trots att domstolen fastställt att det rent objektivt rört sig om en våldtäkt, en brist på den subjektiva sidan av brottsrekvisiten. En brist som föranleds av att åklagaren inte lyckats styrka uppsåt till att handlingen framtvingsats medelst våld och hot.

För att fånga upp de straffvärda gärningar som faller utanför lagens tillämpningsområde föreslås i betänkandet *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten* kriminalisering av sexuella handlingar som genomförs vid bristande frivillighet. De föreslår vidare att frivilligheten måste komma

till uttryck. Rekvisiten våld, tvång och särskilt utsatt situation behålls som faktorer som pekar på icke-frivillighet, inte som krav för att nå en fällande dom. Kommittén föreslår vidare införandet av ett culpöst våldtäktsbrott. I de fall då gärningsmannen kan anses varit grovt oaktsam i förhållande till att samlaget genomförts i avsaknad av frivillighet skall han drabbas av straffansvar.

Sammantaget torde den (eventuella) svenska samtyckesregleringen ge domstolen större möjligheter att fälla till ansvar i fall där det tidigare förelegat uppsåtsbrist. Det faktum att varje person som skall delta i en sexuell handling skall ge uttryck för frivillighet för straffritt sexuellt umgänge torde undanröja en viss bevisproblematik för att inte tala om en icke obetydlig mängd våldtäkter i samhället. Eftersom det måste finnas uttryck för frivillighet uppmanar det gärningsmannen till att vid ett samlag ställa frågan och vid en prövning svara på frågan om offret, bortsett från hot eller våld, verkligen ville delta i den sexuella handlingen.

1 Inledning

1.1 Allmänt

I mitt sökande av material till denna uppsats påträffade jag en artikel i Dagens Juridik som var avgörande för det ämne min uppsats kommer att avhandla. Titeln löd ”En samtyckeslag kommer att leda till omvänd bevisbörda – och då backar vi väldigt många år”; skriven av advokat Baharak Vaziri.¹ Jag ställer mig tveksam till hennes påstående och det motiverade mig till att undersöka saken närmare.

1.2 Uppsatsens övergripande syfte

I oktober 2016 överlämnade 2014 års sexualbrottskommitté betänkandet *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten* SOU 2016:60, med ett förslag på en samtyckesbaserad regleringsmodell för våldtäkt.² Med anledning av de rådande diskussionerna rörande betänkandet är syftet med min uppsats att belysa bevisproblematiken i våldtäktsmål och undersöka vissa konsekvenser av en potentiell samtyckesreglering.

1.3 Frågeställning

För att uppfylla nämnda syfte formuleras min frågeställning enligt följande:

- På vilka sätt skulle en potentiell samtyckesreglering kunna antas påverka bevisproblematiken i våldtäktsmål?

¹ Se Baharak Vaziri: ”En samtyckeslag kommer att leda till omvänd bevisbörda – och då backar vi väldigt många år”, 2016-09-30, Dagens Juridik.

² Se SOU 2016:60, s. 176.

1.4 Avgränsningar

Ursprungligen hade jag planerat att använda mig av en diskursanalytisk metod med ett genomgripande genusteoretiskt perspektiv men på grund av ett icke obegränsat utrymme bestämde jag mig för att avstå från det. Jag har också valt att bortse från en komparativ diskussion av ämnet med hänsyn till bristen på utrymme.

1.5 Perspektiv och metod

Uppsatsen författas med hjälp av traditionell rättsdogmatisk metod. Gällande rätt fastställs utifrån förarbeten, lagtext, doktrin och praxis.³ Jag har låtit gestalta uppsatsen ur två perspektiv. I första hand det kritiska perspektivet i den meningen att jag ställer mig kritisk till författarnas teser och argument. I andra hand det rättsutvecklande perspektivet då jag diskuterar hur en ny reglering kan tänkas påverka nuvarande rättsliga element.

1.6 Forskningsläge

Jag kommer här att redogöra för några av de tongivande uppfattningar som förts fram i den rättsvetenskapliga debatten på området. De författare som skall nämnas särskilt är Petter Asp, Madeleine Leijonhufvud och Helena Sutorius.

Petter Asp är professor i straffrätt vid Stockholms universitet. I sin bok *Sex och samtycke* 2010 analyserar han samtyckesbegreppet och dess relation till bl.a. tvång och utnyttjande. Madeleine Leijonhufvud är professor emerita i straffrätt och en prominent förespråkare för en samtyckeslag. Hennes senaste tillskott till debatten gavs i *svensk sexualbrottslag – en framåtsyftande överblick*, 2015. Där redogör Leijonhufvud för

³ Se Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red) (2013) s. 21.

rättsutvecklingen och särskilt de mål som hon menar bedömts felaktigt på grund av att vi har en reglering baserad på våld, hot och tvång.

Bevisprövning vid sexualbrott bygger på Helena Sutorius avhandling från 2001 som sedan omarbetats och uppdaterats av Christian Diesen 2014, professor i processrätt vid Stockholms universitet. Här poängteras att det är många sexualbrott som varken blir anmälda eller leder till åtal och de få som gör det resulterar sällan i en fällande dom.

De författare jag har nämnt särskilt har lämnat avtryck i debatten och tillika gett en bas för fortsatt analys. Emellertid har dessa författare, och inte heller andra vill jag påstå, valt att uppehålla sig särskilt vid frågan om vilka konsekvenser en samtyckeslag skulle få för bevisproblematiken i våldtäktsmål. Med anledning av det menar jag den föreliggande uppsatsen har ett icke obetydligt nyhetsvärde i den fortsatta debatten.

1.7 Material

För fastställande av gällande rätt har lagtext, doktrin och praxis använts. Då mitt ämne till viss del rör en reglering som ännu inte införts i svensk rätt vilar min uppsats också på vad som skrivits i doktrin och utredningar där argument för och emot en samtyckesreglering analyserats av experter på området. Föreliggande uppsats bygger till största del på Asps, Leijonhufvuds och Sutorius ovan nämnda arbeten i kombination med betänkandet *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*, SOU 2016:60.

1.8 Uppsatsens disposition

Uppsatsen kommer att disponeras enligt följande. I kap 2 följer en bakgrund med fokus på bevishanteringen i våldtäktsmål. I kap 3 redogör jag för våldtäktsparagrafen i syfte att bekomma de frågetecken som kan uppstå hos läsaren beträffande fortsatta referenser till svensk rätt. Där följer också en

kartläggning av bevisproblematiken i våldtäktsmål med medföljande genomgång av praxis och doktrin. I kap 4 kommer jag att redogöra för vad en samtyckesreglering förväntas innebära enligt det svenska förslaget. Detta mynnar ut i kap 5 där slutsatser redovisas och jag besvarar min inledande frågeställning. Jag har valt att avsluta uppsatsen med en personlig reflektion.

2 Bevisvärdering i våldtäktsmål

Det som är signifikativt för bevisproblematiken i våldtäktsmål är kravet på tvång och stödbevisning kontra den (något uppluckrade) samtyckespresumtion som råder för våldtäktsbrottet i rättsapparaten. För att visa att en handling, som enligt normen vidtas frivilligt, bortom rimligt tvivel vidtagits under tvång krävs s.a.s. ett idealiskt våldtäktsfall. Addera uppsåtskravet, närmare bestämt att gärningsmannen skall ha insett våldets och tvångets kausalitet i förhållande till den sexuella handlingen, så är åklagarens kraftiga uppförsbacke i bevisläget ett faktum.⁴

Det svåra bevisläget beror också till stor del på att det i de flesta fall saknas rent objektiv bevisning. I de fall då det påstådda brottet begås utan insyn från utomstående så är bevisningen begränsad till de uppgifter som brottsoffret och den misstänkte lämnar. Det är möjligt för åklagaren att få till stånd en fällande dom på basis av målsägandens utsaga, men i praktiken sker det mycket sällan. Där den tilltalade förnekar brott krävs i regel att kvinnan uppvisar skador eller ett annat skyddsvärt beteende för att domen skall bli fällande. Helena Sutorius hävdar med hänvisning till sin studie att det:

”Tillspetsat kan sägas att det för en fällande dom i ett våldtäktsärende krävs antingen entydig bevisning, frånvaro av relationen mellan parterna, hög social status och klanderfritt offerbeteende hos kvinnan eller en gärningsman som är tidigare straffad för våldsbrott.”⁵

Sutorius har inte fel. I inomrelationella våldtäkter står ord mot ord och den tilltalade hävdar ofta att samtycke förelegat. Med målsägandens utsaga i fokus handlar våldtäktsmål generellt om en trovärdighets- och en tillförlitlighetsbedömning lämnad åt domstolens ledamöter. Bedömningen

⁴ Se Sutorius (2014) s. 129f.

⁵ Se Ibid s. 124.

av utsagans trovärdighets görs utifrån ett tiotal kriterier (där ovan nämnda faktorer är inkluderad) som utvecklats i Högsta domstolens praxis. Det som kännetecknar en högt värderad målsägandeutsaga är konstans, detaljriktighet, allmänt intryck av trovärdighet och att det saknas motiv till att lämna osanna uppgifter. Om målsäganden lämnat oriktiga eller orimliga uppgifter skall det inverka på trovärdigheten av övriga uppgifter. Uppvisande av offersymptom kan vara av intresse och teknisk eller medicinsk bevisning som är förenlig med målsägandeutsagan kan styrka tillförlitligheten i offrets uppgifter.⁶

Det finns exempel på mål då ord-mot-ord-situationer förelegat och Högsta domstolen friat den tilltalade med hänsyn till att det saknas ”stödbevisning” i målet. Definitionerna av stödbevisning har varit många. Det finns de som hävdar att det endast är hjälpfakta, andra hävdar att det krävs för att få tillstånd en fällande dom. Den mest erkända förklaringen av begreppet torde vara att stödbevisning är bevisning som kan styrka åtalet då målsägandens utsaga inte är stark nog i sig. Även om det är den korrekta förklaringen har Högsta domstolens formuleringar i sina domskäl sannolikt medfört att stödbevisning uppfattats vara av större dignitet än vad det i realiteten är för chanserna att styrka ett åtal i våldtäktsmål.⁷

Det finns de som opponerar sig mot det ovanstående. De (t.ex. advokat Baharak Vaziri) som vidhåller att beviskraven i våldtäktsmål är alltför lågt ställda och att detta är någonting som innebär ett hot mot rättssäkerheten. Det faktum att brottsoffrets utsaga kan vara tillräcklig bevisning för att fälla den misstänkte är något som somliga menar innebär en risk för felaktiga domar och åtal. Det har spekulerats i vad som underbygger dessa argument och det kan inte uteslutas att det handlar om en perception av att våldtäktsanmälningar i icke obetydlig omfattning är obefogade. Någonting som redan här skall förutskickas är att det inte finns grund för att anta att det förekommer fler falska anmälningar bland sexualbrott än vad det gör inom

⁶ Se Sutorius (2014) s. 196 f.

⁷ Se Ibid (2014) s. 107; NJA 2005 s. 712.

andra brottskategorier och att beviskravet är detsamma som i andra brottmål
– att den misstänkte gjort sig skyldig till den kriminella handlingen *bortom
rimligt tvivel*.⁸

⁸ Se Leijonhufvud (2008) s. 82; SOU 1981:64 s. 40.

3 Gällande rätt

3.1 En tvångsreglering

3.1.1 Gärningsrekvisit

Våldtäkt kriminaliseras i 6 kap 1 § brottsbalken. Brottet kan med fördel delas upp i två typfall. I första hand våldtäkt som genomförs med inslag av våld eller hot och i andra hand våldtäkt som genomförs i en särskilt utsatt situation som innebär ett otillbörligt utnyttjande, se 6 kap 1 § första och andra stycket brottsbalken.

Typfall I:

”Den som genom misshandel eller annars med våld eller genom hot om brottslig gärning tvingar en person till samlag eller till att företa eller tåla en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två och högst sex år.”

De rekvisit som skall belysas särskilt är kravet på tvång medelst misshandel, våld eller hot om brottslig gärning. Det är dessa rekvisit som markerar det faktum att vi har en tvångsreglering i Sverige. Tvånget står så att säga i centrum medan våld och hot är medel som indikerar att tvång är förhanden. Med misshandel avses detsamma som i 3 kap 5 § brottsbalken medan våldsrekvisitet uppfylls redan vid lindrigare våldsanvändning. Exempel på sådan våldsanvändning anges i anslutning till paragrafen som knuffningar eller att rycka och slita i en person. Vad gäller hot så omfattas såväl hot mot person som hot till egendom.⁹

Paragrafen omfattar dels samlag, dels sexuella handlingar som är jämförliga med samlag. Det enda som krävs för att samlag skall vara förhanden i

⁹ Se Karnov internet, brottsbalken 6 kap 1 §, not 229-233, 2016-12-10.

juridisk mening är att könsdelarna vidrört varandra. Vad gäller begreppet sexuell handling som är jämförlig med samlag görs bedömningen utifrån hur allvarlig kränkning handlingen anses innebära. Handlingar som typiskt sett omfattas är att föra in föremål, fingrar eller dylikt i en kvinnas underliv.¹⁰

Typfall II:

”Detsamma gäller den som med en person genomför ett samlag eller en sexuell handling som enligt första stycket är jämförlig med samlag genom att otillbörligt utnyttja att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada eller psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation.”

Någon av dessa faktorer skall alltså vara förhanden och för straffbarhet skall det också röra sig om ett otillbörligt utnyttjande av det tillstånd eller den position som offret befinner sig i. Andra stycket är till viss del ett nytt påfund då uttrycket ”särskilt utsatt situation” infördes så sent som 2013. Det infördes i syfte att utvidga tillämpningsområdet från då gällande lydelsen som tog sikte på personer som befann sig i ”hjälplost tillstånd”. Bakgrunden till reformen var att domstolar ansåg sig obehöriga att döma i mål där offret visserligen befunnit sig i en mycket utsatt situation, men inte i den grad att det rörde sig om ett hjälplost tillstånd. Huruvida det nya begreppet medfört en utvidgning eller inte råder delade uppfattningar om, men sett till praxis torde svaret vara nekande.¹¹

3.1.2 Skuldrekvisit

Skuldrekvisitet befästs i 1 kap 2 § brottsbalken. Där anges att en gärning skall anses som brottslig endast då den begås uppsåtligt, om inte annat är särskilt föreskrivet. Motsatsvis innebär detta att om en handling begås utan uppsåt (till någon del av gärningen) så medför det inte något straffansvar. I svensk rätt har vi tre former av uppsåt: avsiktuppsåt, insiktuppsåt och

¹⁰ Se NJA II 1962 s. 168 och 171; prop. 2004/05:45 s. 135 f.

¹¹ Se Leijonhufvud (2015) s. 84.

likgiltighets uppsåt. Vad som skiljer de olika uppsåtsformerna åt är inte relevant för sammanhanget men jag skall uppehålla mig kort vid det lägsta ställda uppsåtskravet i svensk rätt; likgiltighets uppsåtet.¹²

Likgiltighets uppsåt föreligger då gärningsmannen inser att det föreligger en risk för att hans handlande kommer att resultera i effekt och han ställer sig likgiltig inför den effekten. I praktiken krävs det inte att gärningsmannen är *medveten* om att han tvingar offret till samlag med hjälp av våld eller hot utan det räcker att han *misstänker* att det finns en risk för att så är fallet samt att han är *likgiltig* inför den riskens förverkligande. Detta innebär att det enda som krävs för fällande dom är att åklagaren visar att den tilltalade varit likgiltig inför risken att den sexuella handlingen framtvingats genom våld, hot eller då offret befunnit sig i särskilt utsatt situation.¹³

Vid våldtäkt fordras att gärningsmannen skall ha uppsåt till:

- 1) det medel som används
- 2) den sexuella handlingen
- 3) att han genom våld framtvingar den sexuella handlingen

Detta innebär att en person som visserligen använder våld vid ett samlag likväl kan sakna uppsåt till tvångsrekvisitet då han felaktigt tror att offret går med på användandet av våld. Vår reglering förutsätter alltså uppsåt till frånvaron av samtycke i den meningen att handlingen skall ha vidtagits under tvång. Uppsåtsbrist i förhållande till övriga delar är inte sannolikt, men som skall framgå, likväl förekommande.¹⁴

Vad gäller våldtäkt som föregås av att offret befinner sig i en särskilt utsatt situation kan uppställningen formuleras som att gärningsmannen skall ha uppsåt till:

¹² Se Karnov internet, brottsbalken 1 kap 2 §, not 2, 2016-12-10.

¹³ Se Leijonhufvud (2008) s. 84.

¹⁴ Se Asp (2010) s. 178f.

- 1) den sexuella handlingen
- 2) den föreliggande situationen
- 3) det otillbörliga utnyttjandet

I en bedömning enligt andra stycket råder större svårigheter att styrka uppsåt. I en situation som exempelvis rör berusning handlar det om att gärningsmannen skall förstå att offret är så pass berusad att det skulle utgöra ett otillbörligt utnyttjande att vidta en sexuell handling med/mot denne. Det är också, som skall framgå nedan, fördelaktigt för den tilltalade att målsägande inte kan återge alla delar av händelseförloppet på grund av t.ex. berusning, sömn eller medvetlöshet.¹⁵

3.2 Praxisgenomgång

Observera att jag tagit mig friheten att titulera rättsfallen för att väcka intresse och belysa de delar av rättsutvecklingen som är av relevans för föreliggande uppsats.

I NJA 1980 s. 725 (motstående utsagor) fastställde Högsta domstolen beviskravet ”bortom rimligt tvivel”. Det handlade om två män som åtalats för våldtäkt av två flickor som var 14 respektive 15 år gamla. Enligt utsago hade flickorna erbjudits och konsumerat hasch för att sedan våldtas av männen. I domskälen påtalades att målsägandeutsagorna inte var övertygande, hade ändrats över tid samt att det fanns skäl för falsk tillvitelse. Domstolen anförde att det fanns en möjlighet att samlagen varit frivilliga eller att flickorna inte gjort fullt klart för männen att det skedde mot deras vilja. Domstolen poängterade vidare att bara för att den tilltalades utsaga inte varit trovärdig, innebär det inte att målsägandens uppgifter skall tas för goda. Om bevisningen i sig inte är stark nog för att tillbakavisa hypotesen om samtycke skall domstolen fria de tilltalade med hänsyn till att

¹⁵ Se NJA 2004 s. 231.

det inte är ställt utom rimligt tvivel att det gått till såsom målsägande beskriver, menade Högsta domstolen. Detta blev också utgången i målet.¹⁶

I NJA 1996 s. 418 (presumerat samtycke) prövades ett inomrelationellt övergrepp där den tilltalade anklagas för att vid några tillfällen när hans sambo sovit eller varit mycket berusad klätt av henne, blottat och fingrat på hennes könsorgan samt fört in fingrar i hennes slida. Åtalet rörde sexuellt utnyttjande och sexuellt ofredande, den misstänkte friades på båda dessa punkter. Högsta domstolens skäl för detta innebar ett skifte sett till tidigare avgöranden. De menade att sexualhandlingar som vidtas i relationer och som accepteras i vaket tillstånd skall betraktas som sedlighetssårande, men likväl godtagbara i sovande tillstånd. Skillnaden i att två personer vidtar sexuella handlingar frivilligt i vaket tillstånd kontra att ena parten vidtar handlingen medan den andra är omedveten behandlas inte i målet. I inomrelationella sammanhang föregås rättens bedömning alltså av en presumtion för samtycke.¹⁷

NJA 2004 s. 231 (begreppet hjälplöst tillstånd) handlade om en kvinna som, berusad och drogpåverkad, hade lämnat en restaurang med tre yngre män. Efter samlag med var och en av dem valde männen att bjuda in ytterligare personer till lägenheten. Sammanlagt vistades sju män i lägenheten under natten och minst en av de tillkommande männen hade samlag med kvinnan. Åklagaren hävdade att kvinnan saknade hämningar på grund av berusning och att hon därmed befunnit sig i ett hjälplöst tillstånd. Männen å sin sida hävdade att kvinnan tagit alla initiativ och inte gett dem någon anledning att tro att hon inte visste vad hon gjorde. Högsta domstolen menade att männen visserligen agerat hänsynslöst men att det för den sakens skull inte är liktydigt med att kvinnan befunnit sig i hjälplöst tillstånd i lagens mening och friade männen.¹⁸

¹⁶ Se NJA 1980 s. 725.

¹⁷ Se NJA 1996 s. 418; Sutorius (2014) s. 99 ff.

¹⁸ Se NJA 2004 s. 231; Sutorius (2014) s. 107.

I NJA 2013 s. 548 (samtyckesreglering i ropet) prövar Högsta domstolen ett fall av inomrelationell grov kvinnofridskränkning. Kränkningen bestod bland annat i att mannen tvingat ner sin sambo på sängen, tvingat isär hennes ben och fört in fingrar i hennes underliv i syfte att kontrollera om hon varit otrogen. Tingsrätten dömde för våldtäkt. Hovrätten bedömde det som olaga tvång eftersom att handlingen inte kunde anses ha en sexuell prägel då syftet med handlingen inte var att tillfredsställa någon av parterna. Det saknades uppsåt till den sexuella handlingen, menade domstolen.¹⁹ Högsta domstolen valde dock att gå i motsatt linje och hävdade att vissa handlingar alltid skall anses vara sexuellt betingade, såsom att föra in fingrar i en kvinnas underliv. Avsikten med dessa sorters handlingar spelar ingen roll, menade Högsta domstolen och fällde således mannen för våldtäkt.²⁰ De anförde vidare, och det är här Högsta domstolen ställer våldtäktsbestämmelsen på sin spets, att:

”handlingar av det aktuella slaget alltid är ägnade att kränka den sexuella integriteten om den genomförs utan giltigt samtycke.”²¹

Högsta domstolen ger uttryck för någonting som inte anges i våldtäktsparagrafen. Ett korrekt konstaterande hade utifrån gällande rätt varit att sexuella handlingar som genomförs *medelst våld eller hot* alltid är ägnade att kränka den sexuella integriteten.²² Om det handlar om att Högsta domstolens ledamöter vill åstadkomma en förändring eller om de helt enkelt inte känner lagen såsom domaren bör, lämnar jag åt dig som läsare att bedöma.

För att understryka att domstolarna fortsatt tangerar en samtyckesbaserad bedömning av våldtäktsbrottet har jag valt att redogöra för ytterligare två fall som avgjorts i andra instans inom de senaste två åren. Fallen

¹⁹ Jfr avsnitt 3.1.1.

²⁰ Se NJA 2013 s. 548.

²¹ Se Ibid punkt 9.

²² Se Sutorius (2014) s. 112 f.

inkluderades i betänkandet, *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*, som lämnades i oktober 2016.²³

Den 20 mars 2015 avgjordes ett mål i Svea hovrätt där den misstänkte åtalats för våldtäkt enligt gärningsbeskrivningen att han genom våld tvingat målsäganden till oralt och vaginalt samlag. De hade tidigare varit gifta men avslutat sin relation vid den aktuella händelsen. Det sexuella umgänget vid tidpunkten för händelsen var bekräftad i målet och det framkom också att de haft frivilligt sexuellt umgänge någon vecka tidigare. Den tilltalade hävdade att samlaget varit frivilligt även denna gång. Hovrätten bedömde den tilltalades handlande som klandervärt i det att han inte tydligt gjort klart för sig att målsägande även denna gång ville genomföra de aktuella handlingarna. Dock inte tillräckligt klandervärt för straffansvar. Detta på grund av att den tilltalade kunde ha uppfattat de sexuella handlingarna som frivilliga och därmed ansågs det inte visat i målet att han haft uppsåt att tvinga sig till de sexuella handlingarna.²⁴

Den 23 juni 2016 avgjordes ett fall i Hovrätten för Övre Norrland där två män åtalats för grov våldtäkt med gärningsbeskrivningen att de med våld tvingat målsäganden till oralt och vaginalt samlag. Situationen var den att kvinnan och hennes väninna blivit inbjudna till lägenheten där de två männen vistades. Därefter skiljer sig berättelserna i det att männen hävdar att frivilligt sexuellt umgänge förekom medan kvinnan menar att det skett medelst våld och tvång. Hovrätten dömde den ena mannen för våldtäkt med hänsyn till att det ansågs vara utrett i målet att han använt våld. Den andra mannen friades dock helt på grund av att det inte ansågs visat att han använt våld eller varit medveten om det tidigare våldet. Domstolen anför vidare att målsägande inte på något sätt som varit märkbart för honom gett uttryck för att samlaget skedde mot hennes vilja. På grund av detta var hans invändning om frivillighet inte motbevisad.²⁵

²³ Se SOU 2016:60 s. 530 ff.

²⁴ Se HovR B 7409-14.

²⁵ Se HovR B 163-16.

Även om det i ovan redogjorda fall talas mycket om tvång och våld skall uppmärksamhet fästas vid att domstolen (i vart fall) insinuerar att det hade räckt att målsäganden *på något sätt som varit märkbart* gett uttryck för att samlaget skedde mot hennes vilja. Förslagsvis hade det räckt med, enligt här företrädd åsikt, ett uttalat ”nej”. Det blir här tydligt att frivillighet och tvång i stor grad korrelerar med frågan om samtycke, men mer om det nedan.

3.3 Diskussionen i doktrin

Asp diskuterar i sin bok *Sex och samtycke* de faktorer som föranleder den ofta konstaterade uppsåtsbrist som råder i våldtäktsmål. Asp inleder med att poängtera någonting som inte uttrycks explicit i domstolarnas bedömningar, men som likväl är relevant i sammanhanget. När en misstänkt våldtäktsman frikänns på grund av bristande uppsåt innebär det inte att den tilltalade agerat klanderfritt; det innebär att den tilltalade förvisso gjort sig skyldig till en otillåten gärning (ett intrång i ett av rättsordningen skyddat intresse) men att denne likväl inte kan hållas ansvarig för den. Det vill säga, gärningsrekvisiten i målet är uppfyllda, men det finns brister avseende de rekvisit som rör den tilltalades skuld.²⁶

Asp konstaterar vidare att det torde vara sällsynt för en person att i fall där offret tvingas till sex genom våld att missta sig om att samtycke föreligger. Trots att kommunikationen kring sexuellt umgänge kan vara tvetydig i viss mån finns det andra faktorer som minimerar utrymmet för uppsåtsbrist vid sexuella övergrepp. Sådana faktorer menar Asp vara att gärningsmannen har kontroll över handlingen, att handlingarna tidsmässigt har en viss utsträckning där gärningsmannen har möjlighet att erhålla förståelse samt att det rör handlingar som förutsätter att man läser av motpartens inställning till att delta i gärningen.²⁷

²⁶ Se Asp (2010) s. 180; Jfr avsnitt 3.1.1 och 3.2.2 ovan.

²⁷ Se *Ibid* s. 181 f.

Asp anför vidare att det givetvis finns undantag från dessa situationer. Fall där parterna kommit överens i förväg om ett rollspel där kvinnan skall göra motstånd eller fall där mannen framkallar en hotfull stämning utan att vara medveten om det (och således saknar uppsåt till tvånget). Alternativt en person som befinner sig i en särskilt utsatt situation till följd av berusning men som ändå framstår som kontrollerad.²⁸ Här skulle uppsåtsbrist kunna tänkas föreligga hos gärningsmannen i förhållande till tillståndet hos offret. Det är i dessa extrema undantagssituationer som bevisläget ställs på sin spets. Med hänsyn till dagens bevisbörderegler skall dessa situationer tillmätas betydelse. Åklagaren skall visa att den misstänkte är skyldig *bortom rimligt tvivel* och så länge dessa, förvisso osannolika, alternativhypoteser rent faktiskt kan slå in så återstår tvivel i målet.²⁹

Asp diskuterar också hur föregående beteende hos målsäganden inverkar på uppsåtsprövningen i våldtäktsmål, framförallt i inomrelationella våldtäkter. Detta enligt argumentet att ett godtagande av handlingen förelegat tidigare och därmed antas föreligga även denna gång. Asp menar att ett tidigare lämnat godkännande de facto kan inverka på den tilltalades uppfattning om målsägandes inställning och att det på grund av konformitetsprincipen måste tillmätas betydelse. För en ändring av detta, och möjligen ett starkare skydd för den sexuella integriteten i relationer, fordras en förändring av paragrafens lydelse.³⁰

Asp avslutar diskussionen med att säga att ovan nämnda argument inte bör tolkas som en protest mot att domstolarna alltför ofta bygger sina avgöranden på ett påstående om uppsåtsbrist. Men, menar Asp, prövningen av våldtäktsmål går ofta ut på att just fastställa om ett undantag från det typiska kan uteslutas i det enskilda och vill framhålla att:

²⁸ Jfr NJA 2004 s. 231.

²⁹ Se Asp (2010) s. 182 ff.

³⁰ Se *Ibid* s. 166.

”...det osannolika inom ramen för ett system som laborerar med någorlunda höga krav på säkerhet kan få betydelse i betydligt fler fall än vad som står i proportion till sannolikheten.”³¹

I *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten* anför Leijonhufvud att lagen förser (gärnings)män med både livrem och hängslen när de förgriper sig på kvinnor. Dessa menar hon bestå i att åklagaren inte bara försetts med den normala bevisbördan jämte att visa att övergreppet genomförts mot kvinnans vilja, utan också krav på att våld, hot eller total hjälplöshet skall visas i målet. Leijonhufvud talar vidare om NJA 2004 s. 231 och begreppet ”hjälpöst tillstånd” (sedan 2013 särskilt utsatt situation) som ett moment 22. Hon menar att en bevisprövningsmodell som innebär att männens berättelse läggs till grund för prövningen då kvinnan inte minns vad som hänt, gör bestämmelsen tandlös. Detta då bestämmelsen är ägnad att skydda personer som varit utslagna av alkohol eller andra substanser.³²

I *Bevisprövning vid sexualbrott* diskuterar Sutorius också begreppet hjälpöst tillstånd i förhållande till reformen 2013.³³ Sutorius menar att man skulle kunna tänka sig att det rör sig om en särskilt utsatt situation i NJA 2004 s. 231 och att männen skulle ha kunnat fällas om bestämmelsen varit utformad på det här sättet vid tidpunkten för händelsen. Vad som icke skall förglömmas är att även om det går att styrka den särskilt utsatta situationen så skulle åtalet förmodligen falla på den subjektiva sidan av rekvisiten. Offret tog enligt männen alla initiativ och uppvisade inte ett manér som tydde på utsatthet. Domstolen hade alltså antagligen resonerat som att männen inte uppfattade hennes utsatthet och friat på grund av uppsåtsbrist.³⁴

Leijonhufvud avlägger i *Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftande tillbakablick* en slagkraftig slutsats vad gäller bevisningen i våldtäktsmål. Närmare bestämt att straffprocessrätten måste flytta tillbaka beviskraven. De anvisningar som presenterats i prejudikat som NJA 1980 s. 725, det vill säga

³¹ Se Asp s. 185.

³² Se Leijonhufvud (2008) s. 29.

³³ Jfr avsnitt 3.1.1.

³⁴ Se Sutorius (2014) s. 107 f.

det faktum att inte behövs någon friande alternativhypotes, leder enligt Leijonhufvud till ett för åklagaren hopplöst bevisläge. Beviskraven skall inte begränsas till en ren tilltrosmätning men likväl:

”... till ett läge där en målsägandeberättelse som förtjänar tilltro inte vägs upp av vilka invändningar som helst – där man friar vid rimligt tvivel men inte vid orimligt tvivel.”³⁵

Leijonhufvud efterfrågar vidare en reglering som inte uppställer krav på våld eller hot. Hennes starkaste argument mot den reglering vi har idag är det av forskning verifierade beteende som kvinnor uppvisar vid och efter ett övergrepp. Det hon syftar på är den paralyserande skräck kvinnor försätts i vid ett övergrepp som i sin tur triggat den s.k. spela-död-reflexen. Hon menar att lagen inte fyller sitt syfte, att skydda kvinnors sexuella integritet, i sin nuvarande form. Detta då gärningsmannen i många fall inte behöver använda sig av något våld på grund av att kvinnan ”ger upp” när de förstår vad som skall hända.³⁶

Sutorius hävdar å sin sida i *Bevisprövning vid sexualbrott* att sexuellt umgänge där kvinnan klart uttryckt att hon inte vill, fränsett våld, täcks av tolkningsutrymmet för våldtäktsbrottet enligt i prejudikat konstaterad gällande rätt. Kravet på våld behöver alltså inte vara uppfyllt och fokus i bedömningen skall istället sikta på frågan om bristande samtycke och mannens uppsåt till detta. I de fall då underrätter och till och med överrätter uppställer högre krav är det, enligt Sutorius, ett uttryck för att lagstiftarens intentioner inte efterföljs i praxis.³⁷

Det finns tendenser i domstolarnas bedömningar som ger visst stöd åt Sutorius teser.³⁸ I kontrast till detta resonemang hänvisar dock Leijonhufvud till förarbeten där våld och hot anges vara rättsfakta, d.v.s. rekvisit som skall styrkas i målet. Inte, som hävdats ovan, bevisfakta som kan anföras i syfte

³⁵ Se Leijonhufvud (2015) s. 87 f.

³⁶ Se Leijonhufvud (2008) s. 45 f.

³⁷ Se Sutorius (2014) s. 132 f.

³⁸ Jfr avsnitt 3.2 ovan.

att styrka sin talan. Med det i åtanke krymper genast domstolarnas tolkningsutrymme från en samtyckesbaserad bedömning till en vålds- och hotbaserad bedömning.³⁹

³⁹ Se Leijonhufvud (2015) s. 53.

4 En samtyckesreglering

4.1 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten

År 2014 beslutade regeringen att tillsätta en särskild utredare med uppdrag att göra en översyn av våldtäktsbrottet. Kommittén överlämnade i oktober 2016 betänkandet *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*, SOU 2016:60. Kommittén ansåg att skyddet för den sexuella integriteten visserligen är heltäckande enligt nuvarande lagstiftning, men att det finns situationer då en straffvärd gärning faller utanför lagens tillämpningsområde.⁴⁰

Kommittén bekräftar i en inledande kommentar till det nya förslaget det som både Asp och Sutorius argumenterar för gällande vår nuvarande reglering; det faktum att våldtäktsparagrafen är ägnad att träffa fall där samtycke saknas. Vår nuvarande lagstiftning straffbelägger emellertid endast de fall där gärningen vidtagits medelst våld eller utnyttjande av vissa omständigheter. Kommittén föreslår därför att dessa brottsförutsättningar tas bort och ersätts med en reglering som uppfyller lagens intentioner. Det som krävs för att en sexuell handling skall utgöra en straffbar gärning enligt det presenterade förslaget är att den genomförs med avsaknad av frivillighet. Det presenterade förslaget innefattar vidare ett nytt 6 kap. brottsbalken med titeln ”Om brott mot den sexuella integriteten m.m.” samt en ombenämning på begreppet våldtäkt till sexuell övergrepp.⁴¹ Den nya 6 kap 1 § brottsbalken föreslås få följande lydelse:

”Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *sexuell övergrepp* till fängelse i lägst två och högst sex år. Detsamma gäller om

⁴⁰ Se Ibid, s. 176 f.

⁴¹ Se SOU 2016:60 s. 175.

genomförandet består i att personen, som inte deltar frivilligt, utför handlingen på sig själv eller med någon annan. För att deltagandet ska anses frivilligt måste valet att delta komma till uttryck.⁴²

Alla fall där samtycke har lämnats kan emellertid inte godtas av rättsordningen, t.ex. ett fall där en person samtycker till en sexuell handling under pistolhot. Därför anges i andra stycket faktorer som underkänner samtyckets giltighet i det enskilda fallet. Här har jag inkluderat de faktorer från andra stycket som är av särskilt intresse för föreliggande uppsats:

Ett uttryckt val att delta i en sexuell handling är inte frivilligt om

1. det är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning
2. otillbörligt utnyttjat att personen på grund av allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars, med hänsyn till omständigheterna befunnit sig i en särskilt utsatt situation⁴³

Jag skall nedan utveckla elementen i det presenterade förslaget, vad som föranlett dem samt hur de antas påverka rättstillämpningen.

4.1.1 Frivillighetsrekvisitet

Syftet med att ersätta rekvisiten våld och tvång med bristande frivillighet är att ge straffrättsligt skydd åt personer som inte vill delta i sexuella handlingar men där inslag av våld eller tvång inte förekommer. De förväntade konsekvenserna av detta tar sig inte i uttryck som en generell ökad repression för sexualbrott, men som en ökad möjlighet att angripa de fall som inte innefattar våld, tvång eller en särskilt utsatt situation. Detta är en konsekvens som kommittén bedömer som rimlig.⁴⁴

Kommittén anför vidare att det skall röra sig om ett frivilligt deltagande. Underförstådda samtycken eller ett passivt beteende godkänns inte för straffrihet. I sådana situationer skall övriga deltagare försäkra sig om att motparten verkligen vill delta, förslagsvis genom att ställa en uttrycklig

⁴² Se SOU 2016:60 s. 427.

⁴³ Se Ibid s. 201.

⁴⁴ Se Ibid s. 185.

fråga. Med det sagt kan det frivilliga deltagandet emellertid komma till uttryck på andra sätt än verbalt, genom ömsesidiga handlingar eller dylikt. Frivilligheten måste komma till uttryck vid tillfället för den sexuella handlingen och det är inte möjligt att lämna ett samtycke i förväg. Hur frivilligheten skall komma till uttryck överlämnar kommittén åt domstolarna att avgöra i det enskilda fallet.⁴⁵

Kommittén poängterar att gärningsmannen inte kommer att bära bevisbördan för deltagandets frivillighet. Det är fortsatt åklagaren som har bevisbördan för hela sitt gärningspåstående vilket inbegriper att bevisa att målsägande inte deltagit frivilligt.⁴⁶ Kommittén anger vidare att bevissvårigheterna i våldtäktsmål kvarstår. En samtyckesreglering är inte synonymt med fler fällande domar. Frågan om samtycke är emellertid något som aktualiseras enligt gällande rätt i domstolarnas bedömningar. Med lagstiftning på området kommer frågorna att behandlas och analyseras såväl i praxis som doktrin. Kommitténs förhoppning är att det ger domstolarna bättre och tydligare förutsättningar då de skall göra bedömningar av samtyckesinvändningar i våldtäktsmål.⁴⁷

4.1.2 Omständigheter som underkänner frivillighet

4.1.2.1 Våld och tvång

Våld och tvång tillhör i det nya förslaget omständigheter som underkänner den uttryckta frivillighetens giltighet. En intressant skillnad (från vår nuvarande reglering) som jag vill belysa är att det inte krävs att det är samma person som genomför den sexuella handlingen som den som utövar våld eller hot mot offret. Syftet med detta är att angripa alla sexuella handlingar som sker med avsaknad av frivillighet, oavsett vem det är som orsakar dem. Handlingar som sker under nämnda omständigheter är

⁴⁵ Se SOU 2016:60 s. 197 f.

⁴⁶ Se Ibid s. 432.

⁴⁷ Se Ibid s. 183.

visserligen straffbara idag men endast om gärningsmannen och personen som utövar våldet eller hotet agerar i samförstånd alternativt främjar varandras gärningar. Den som utnyttjar en person som befinner sig under sådana förhållanden kan alltså enligt nuvarande reglering inte dömas om den agerar utan samverkan med gärningsmannen. Med den reglering kommittén lägger fram skall detta vara möjligt.⁴⁸

4.1.2.2 Särskilt utsatt situation

Begreppet särskilt utsatt situation är sig likt även i det nya förslaget, men nu endast som en indikator på bristande frivillighet. Kommittén bedömer det som en rimlig utgångspunkt att den som ger uttryck för ett val också skall vara kapabel att göra det i den meningen att denne inser konsekvensen av sitt handlande. Med det sagt föreslås att sömn och medvetslöshet avlägsnas ur paragrafen av rent logiska skäl. En person som sover eller är medvetslös kan inte ge uttryck för frivillighet. Eftersom det inte skall vara möjligt att ge ett samtycke i förväg så är sexuella handlingar med personer som befinner sig i dessa tillstånd per definition otillåtna. Övriga faktorer såsom allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, kroppsskada, psykisk störning bör enligt kommittén överföras oförändrade.⁴⁹

4.1.3 Fokus på den tilltalade i processen

Det har funnits de som i debatten kring en ny sexualbrottslag argumenterat för att den rekommenderade regleringen kommer leda till ett ökat fokus på målsägande i domstolsprocessen. Kommittén bemöter dessa argumentet med en redogörelse för dagens domstolsprocess som kännetecknas av höga beviskrav och bevisning som till stor del rör målsägandens berättelse. De anför att det onekligen är viktigt att lagstiftningen inte motiverar domstolens aktörer till ett förhör av (offer-)beteende, sexuella erfarenheter eller preferenser, men att detta inte heller är en förväntad konsekvens av en

⁴⁸ Se SOU 2016:60 s. 202.

⁴⁹ Se Ibid s. 208f.

reglering baserad på bristande frivillighet. Tvärtom, förväntar sig kommittén ett ökat fokus på de omständigheter som fick den tilltalade att tro att den sexuella handlingen var önskad av motparten. Detta eftersom frivilligheten, för straffritt sexuellt umgänge, måste komma till uttryck. I situationer då offret varit passivt blir frågor om vad den tilltalade gjort för att försäkra sig om målsägandes frivillighet relevant. Därtill föranleder de tidigare nämnda omständigheterna i andra stycket ytterligare fokus på gärningsmannens beteende.⁵⁰

4.1.4 Ett culpöst våldtäktsbrott

Ytterligare ett förslag i kommitténs utredning är införandet av ett oaktsamhetsansvar i syfte att möjliggöra en effektiv tillämpning av straffbudet. De föreslår att oaktsamhetsansvaret skall regleras i en särskild bestämmelse och att det skall betecknas som *oaktsamt sexuellt övergrepp*. Bestämmelsen siktar på oaktsamhet i förhållande till att motparten inte har deltagit frivilligt i den sexuella handlingen. Det som gärningsmannen skulle klandras för är att denne borde förstått att effekten ”bristande frivillighet” skulle inträda på grund av dennes agerande.⁵¹

Eftersom det skulle innebära en nykriminalisering i förhållande till gällande rätt föreslår kommittén av rättssäkerhetsskäl att oaktsamheten ska begränsas till vissa typer av sexualbrott. Den grad av oaktsamhet som kriminaliseras skall vara sådan som betecknas som grov. De betonar vidare att frågan om oaktsamhet prövas först efter att det är styrkt att sexualhandlingen varit ofrivillig samt att gärningsmannen inte haft uppsåt till den bristande frivilligheten. Kommittén överlämnar till rättstillämparen att i praxis avgöra vad som anses vara oaktsamt i praktiken.⁵²

Införandet av ett oaktsamhetsansvar förväntas enligt kommittén leda till fler fällande domar. Anledningen till detta bedömer kommittén vara en ökad anmälningsbenägenhet hos offren i kombination med en ökad villighet att

⁵⁰ Se SOU 2016:60 s. 181ff.

⁵¹ Se Ibid s. 265f.

⁵² Se Ibid s. 268ff.

åttala hos åklagare. De fall som tidigare bedömts som hopplösa på grund av svårigheten i att styrka uppsåt kan med den tänkta regleringen rymmas under brottsbeskrivningen av ett culpöst våldtäktsbrott. Beträffande fall som årligen ogillas på grund av uppsåtsbrist rör det sig inte om en betydande mängd fler fällande domar men kommittén vill här fästa uppmärksamhet vid att det, som ovan nämnt, sannolikt kommer leda till fler väckta åttal som skall adderas till summan.⁵³

⁵³ Se SOU 2016:60 s. 409.

5 Analys och slutsatser

Efter läsning av denna uppsats är det min förhoppning att det föreligger viss transparens i att lagstiftarens intentioner, lagstiftningens utformning och rättstillämparens utövande inte korresponderar vad gäller våldtäktsbrottet. På grund av det råder idag en erkänd bevisproblematik i våldtäktsmål, men på vilka sätt kan en reglering baserad på samtycke förväntas påverka denna problematik?

Den nya regleringen skulle påverka bedömningen i våldtäktsmål i den meningen att domstolens ledamöters händer inte längre är bakbundna i mål där det uppenbarligen rör sig om ett övergrepp; men där varken våld eller hot förekommit. Detta torde leda till *fler fällande domar* eftersom en del av bevisproblematiken i våldtäktsmål ligger i det faktum att våld och tvång skall visas i målet, även om en person kan ha blivit våldtagen utan inslag av dessa element. Detta får särskild betydelse i sådana fall där offret blir paralyserad av skräck.

Det faktum att varje person som skall delta i en sexuell handling skall ge uttryck för frivillighet för att straffritt sexuellt umgänge skall föreligga innebär ett rättsligt ståndstagande som ger uttryck för att *normen är sexuellt självbestämmande*; i motsats till sexuell tillgänglighet tills våld eller hot behöver användas för att få till stånd handlingen. Detta uppmanar alla parter till att försäkra sig om att den andre vill delta vilket i sig torde eliminera en inte obetydlig mängd av våldtäkter i samhället. Ur bevishänseende torde det också vara gynnsamt att konversationen som föregår samlaget blir tydligare för att undanröja oklarheter i parternas utsagor.

För inomrelationella våldtäkter innebär den föreslagna regleringen att viljan att *delta i en relation inte är synonymt med att alltid vilja delta i en sexuell handling*. Frivilligheten måste komma till uttryck i samband med att handlingen genomförs, inte tidigare i relationen eller vid något annat

tillfälle. Mål där ena parten på grund av sömn eller berusning uppfattat det som att de blivit utsatta för ett övergrepp omfattas av den föreslagna paragrafen. Till skillnad från tidigare då en sorts samtyckespresumtion förelåg för våldtäkter i relationer, skall med det nya förslaget en vanlig bedömning göras av offrets uttryck för frivillighet.⁵⁴

I fall där det rör sig om ett mål där våld eller hot används eller där det rör sig om en särskilt utsatt situation har domstolarna möjlighet att döma på samma sätt som innan men enligt andra delen av paragrafen där detta anges som indikatorer på bristande frivillighet. Nyheten i förslaget i att det inte måste vara gärningsmannen som utövar det aktuella våldet skulle innebära en större möjlighet för domstolar att angripa de fall där det handlar om flera gärningsmän varvid våld används av vissa, men inte av alla.⁵⁵ Det innebär i sin tur en kriminalisering av allt icke frivilligt sexuellt umgänge som föregåtts av våld, inte bara av den specifika sekvensen av händelseförloppet där våldet används.

Den största förändringen för våldtäktsmål ur repressionssynpunkt är förslaget om att kriminalisera oaktsamma sexuella övergrepp. I de fall där alla utomstående, inklusive domstolens ledamöter, kan konstatera att det rör sig om ett sexuellt övergrepp men där åtalet faller på att gärningsmannen invänder att samtycke förelegat kommer domstolen kunna göra en normativ bedömning av situationen. *Vad borde en gärningsman ha insett?* Alla osannolika alternativhypoteser som att offret skulle ha velat bli slagen, delta i sexuella handlingar med ett större antal okända män eller tagit initiativ trots sömn eller medvetlöshet kan med den föreslagna regleringen återförvisas till det förgångna.

Något som skall noteras, för att knyta an till inledningen av föreliggande uppsats, är att *bevisbördan till fullo kommer ligga på åklagaren* med en reglering baserad på bristande frivillighet. En sådan reglering kan dock

⁵⁴Jfr NJA 1996 s. 418.

⁵⁵Jfr HovR B 7409-15.

medföra att en viss ”förklaringsbörda” kommer att ligga på den tilltalade. ”Förklaringsbörda” i den meningen att gärningsmannen kommer behöva peka på faktorer i situationen som indikerar frivillighet. Huruvida detta är en börda eller rent sunt förnuft är en spekulativ, men likväl relevant fråga att ställa i detta läge. Det läge då vi har en samtyckesreglering på ingång men alltför många som ropar stopp med rättssäkerhetsargumentet i högsta hugg.

Vi förändrar inte våra brottmål i sig på grund av att en tilltalad skall behöva ge en rimlig förklaring till varför det inte rör sig om en våldtäkt. Frågade du henne om hon ville? Vad blev hennes svar? Vad var det som fick dig att uppfatta det på det här sättet? Detta är frågor som skulle kunna ställas med den föreslagna regleringen och som *bör* ställas i syfte att fastställa huruvida ett övergrepp skett. Gärningsmän som inte kan ge ett rimligt svar på dessa frågor får, enligt här företrädd uppfattning, ge vika för det faktum att det finns en risk att målsägande blivit våldtagen. En risk större än de osannolika alternativa hypoteser som Högsta domstolen präntar ur sig med stöd av dagens reglering.

Personlig reflektion

Det kan tyckas självklart att vara för en samtyckesreglering i svensk rätt. Efter författandet av denna uppsats framstår det dock, för mig, inte lika självklart. Tvärtom tycks vår reglering sammanfalla med en samtyckesreglering, vi har bara definierat samtycket negativt istället för positivt. Jag ställer mig likväl bakom det förslag som kommittén presenterat, men vill framhålla att samtycket kommer behöva en klar definition och känner viss skepsis kring hur det kommer förkroppsligas i domstolarnas bedömningar om förslaget får genomslag. Kommer det bli någon verklig förändring? Det återstår att se, men i skrivande stund så ger jag domstolarnas ledamöter ’the benefit of the doubt’ och är optimistisk inför en fortsatt modern rättstillämpning som värnar om den sexuella integriteten.

Käll- och litteraturförteckning

Internet

Nilsson, Göran: *Brottsbalken* (1962:700), 6 kap 1 §, lagkommentar not 229-233, (6 december 2016 Karnov Internet)

Sandahl, Karin: *Brottsbalken* (1962:700) 1 kap 2 § lagkommentar not 2, (10 december 2016 Karnov Internet)

Litteratur

Asp, Petter: *Sex och samtycke*, Iustus, Uppsala, 2010.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, 1. upp., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Leijonhufvud, Madeleine: *Svensk sexualbrottslag: en framåtsyftande tillbakablick*, Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Sutorius, Helena & Diesen, Christian (red.): *Bevisprövning vid sexualbrott*, 2., omarb. och uppdaterade uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Offentligt tryck

SOU 1981:64 *Våldtäkt – En kriminologisk kartläggning av våldtäktsbrottet*

Prop 2004/05:45 *En ny sexualbrottslagstiftning*

SOU 2008 *Samtyckesutredningen: lagskydd för den sexuella integriteten*

SOU 2016:60 *Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA II 1962 s. 168 och 171

NJA 1980 s. 725

NJA 1996 s. 418

NJA 2004 s. 231

NJA 2013 s. 548

Svea Hovrätt

HovR B 7409-14

Hovrätten för Övre Norrland

HovR B 163-16